

ÖFFENTLICHER SEKTOR

Beihilferechtliche Risiken für kommunale Unternehmen

Aktuell einsetzbare Möglichkeiten der Risiko-
eingrenzung und Verfahrensvereinfachung

In dieser Ausgabe lesen Sie:

- | | | | |
|---|---|---|----|
| ■ Editorial | 2 | ■ Gesellschafts-/Kommunalrecht | |
| ■ Brennpunkt | | Weisungsrecht an Aufsichtsratsmitglieder
einer kommunalen GmbH | 12 |
| Beihilferechtliche Risiken im Jahresabschluss
öffentlicher Unternehmen | 2 | ■ Vergaberecht | |
| ■ Versorgungswirtschaft | | Abschluss eines neuen Konzessionsvertrags | 14 |
| Erlösobergrenzen im Rahmen der Anreizregulierung ... | 4 | ■ Kurz notiert | |
| Einstellung von Konzessionsabgabenzahlungen
für die Wegenutzung | 7 | Update E-Bilanz: Besonderheiten im
Öffentlichen Sektor | 15 |
| ■ Verkehrswirtschaft | | IDW fordert einheitliche Rechnungslegungs-
grundlagen | 15 |
| Umsetzung der Allgemeinen Vorschriften
im Ausbildungsverkehr | 9 | Pauschale Kilometersätze bei Auswärtstätigkeiten ... | 16 |

EDITORIAL

Sehr geehrte Leserinnen und Leser,

nach der Privatisierungswelle vergangener Jahre ist nun eine wieder zunehmende Tendenz zu beobachten, staatliche Aufgaben von öffentlichen Unternehmen erbringen zu lassen. Da dies oft mit der Gewährung von Beihilfen verbunden ist, schwebt über vielen Verfahren das Damoklesschwert der Anforderungen auf europäischer Ebene: Unzulässig gewährte Beihilfen werden zu Rückforderungen führen. Umso wichtiger ist es, solche Rückzahlungsrisiken zu identifizieren, um ggf. gegensteuern, aber auch vorhandene Gestaltungsmöglichkeiten nutzen zu können. Inwieweit dabei ein neuer IDW-Prüfungsstandard unterstützen kann, lesen Sie in unserem Brennpunkt.

Argumentiert wird dort am Beispiel der Nahverkehrsunternehmen. Dass sich für diese infolge einer teilweise fehlerhaften Auslegung und Umsetzung der Vorgaben der VO (EG) 1370/2007 sogar existenzgefährdende Fehlallokationen ergeben können, ist Gegenstand des Beitrags ab S. 9.

Das Auslaufen resp. der Neuabschluss von versorgungswirtschaftlichen Konzessionsverträgen ist ein weiterer Schwerpunkt. Sind Altkonzessionäre nach Jahresfrist zur Einstellung von Konzessionsabgabenzahlungen berechtigt, wenn Wegenutzungsrechte neu vergeben werden? Die Beantwortung dieser Frage deckt hierzu gute Aussichten für die Kommunen auf, einer solchen Ansicht zuwiderlaufende Ansprüche durchzusetzen.

Dass es bei der Berücksichtigung der o.g. Vorgaben auf EU-Ebene auch auf das richtige Timing ankommt, ergibt sich aus dem Beitrag in der Rubrik Vergaberecht auf S. 14: Eine Kommune hatte ihre anfänglich festgelegten Kriterien zur Auswahl des Neukonzessionärs im laufenden Verfahren geändert. Eine solche Änderung der Kriterien im laufenden Verfahren verletzt aber das subjektive Recht des unterlegenen Bieters auf Einhaltung des Transparenzgebots – so eine Entscheidung, die Aachener Verwaltungsrichter kürzlich getroffen haben. Ob diese Bestand hat, wird abzuwarten sein. Es dürfte also auch im neuen Jahr spannend bleiben, wie Gesetzgebung und Rechtsprechung das Handeln öffentlicher Unternehmen begleiten.

Eine informative Lektüre, schöne Festtage und viel Erfolg für 2012 wünscht Ihnen

Ihr Team von PKF

BRENNPUNKT

Beihilferechtliche Risiken im Jahresabschluss öffentlicher Unternehmen

Neuer Prüfungsstandard IDW PS 700 zu EU-Beihilfen

Das IDW hat am 7.9.2011 den Prüfungsstandard IDW PS 700: „Prüfung von Beihilfen nach Art. 107 AEUV insbesondere zugunsten öffentlicher Unternehmen“ verabschiedet. Was folgt daraus für den Umgang mit beihilferechtlichen Risiken im Rahmen der Jahresabschlusserstellung und -prüfung?

1. Einführung: Zur Problematik der Beihilfegewährung

Das IDW hat damit auf die wieder zunehmende Tendenz reagiert, staatliche Aufgaben von öffentlichen Unternehmen erbringen zu lassen. Hierzu sind häufig staatliche Zuwendungen unabdingbar. Beispielhaft genannt seien vor allem die Betätigungsfelder Bäder, Nahverkehr und Infrastruktur. In diesem Zusammenhang tauchen oft auch beihilferechtliche Fragen auf.

Spätestens seit dem Altmark-Trans-Urteil des EuGH im Jahr 2003 ist allen Beteiligten das Spannungsverhältnis zwischen staatlich unterstützten Unternehmen und der Privatwirtschaft bewusst. Seinerzeit hatte der EuGH festgestellt, dass die Gewährung von Unterstützungen an Nahverkehrsunternehmen unzulässige Beihilfen darstellen können, wenn sie ohne Beachtung der europäischen Regeln gewährt werden (vgl. dazu die Vorberichte in den PKF Themen ÖS, insbesondere in den Ausgaben 1/2009 und 2/2009).

2. Identifizierung möglicher Rückzahlungsrisiken bei staatlichen Beihilfen

Im IDW PS 700 wird konsequenterweise das Risiko der Rückforderung unzulässiger Beihilfen betont.

Dabei kann die Rückforderung seitens der gewährenden staatlichen Stelle aus

- formaler Unzulässigkeit (z. B. mangelnde Notifizierung) oder
- materiellen Gründen (z. B. Wettbewerbsbeeinträchtigung)

folgen. Eine Besonderheit des Beihilferechts liegt darin, dass hier die unmittelbare und exklusive Zuständigkeit für die finale Beurteilung bei der EU-Institution (z. B. EU-Kommission, GD Wettbewerb, EuGH) liegt. Insofern müssen für eine Beurteilung die entsprechenden EU-Rechtsnormen und EuGH-Entscheidungen herangezogen werden.

Empfehlung: Hierbei ist auch die durchaus vielseitige Palette der Befreiungsmöglichkeiten des EU-Beihilferechts zu beachten. Vor allem das sog. Monti-Paket bietet die Möglichkeit, bei Beihilfen für „Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse“ (in Deutschland oft mit dem schillernden Begriff der „Daseinsvorsorge“ übersetzt) das Risiko einer Rückforderung durch eine entsprechende „Betrugung“ des Unternehmens zu vermeiden.

3. Zweck des IDW PS 700

Der Prüfungsstandard IDW PS 700 schafft kein neues Recht, sondern stellt die Bedeutung heraus, die das Beihilferecht schon heute hat – für das Unternehmen oder die öffentliche Einrichtung ebenso wie für den Abschlussprüfer. Der Standard soll damit den Blick für mögliche Risiken schärfen und das Vorgehen der Wirtschaftsprüfer standardisieren, sei es innerhalb der Jahresabschlussprüfung oder im Rahmen eines gesonderten Prüfungsauftrags.

Das zentrale Anliegen von IDW PS 700 besteht folglich darin,

- die Wirtschaftsprüfer und die Unternehmen für die zentralen beihilferechtlichen Risiken zu sensibilisieren,

- eine angemessene Abbildung in Jahresabschluss und Lagebericht sicherzustellen sowie
- etwaige Konsequenzen für den Bestätigungsvermerk aufzuzeigen.

Die Risiken gab es schon bisher – neu ist allein der Standard.

4. Klärung von Detailfragen zur Beihilfegewährung und zur Betrügung

Nach kurzer Klärung des Gegenstands der Verlautbarung enthält der IDW PS 700 eine Beschreibung der rechtlichen Grundlagen einschließlich eines Prüfschemas, was die Handhabung in der Praxis erleichtern soll. Dennoch

sind sowohl bei der Beurteilung des Tatbestands einer Beihilfe wie auch bei der Freistellung nach den ergänzenden EU-Regelungen bis heute viele Detailfragen strittig. Es wird deshalb darum gehen müssen, praxistaugliche

Lösungen zu finden, über die wir im Anschluss an diesen Beitrag auch in weiteren Ausgaben unserer PKF Themen ÖS berichten werden.

Hinweis: Hier sei schon vorweggenommen, dass vielerorts im Lagebericht Ausführungen zu den bestehenden Risiken unerlässlich sein werden, zu denen der Abschlussprüfer Stellung zu nehmen hat.

Die weitere Entwicklung der beihilferechtlichen Vorschriften auf EU-Ebene wird zu beobachten sein. Insbesondere erfolgt seitens der EU-Kommission derzeit eine Überarbeitung des sog. Monti-Pakets, welches bisher die wesentlichen Bedingungen für eine befreiende Betrügung enthält. Ein Entwurf liegt bereits vor.

5. Fazit und Ausblick

Zukünftig wird die Behandlung beihilferechtlicher Risiken in Jahresabschlüssen der öffentlichen Unternehmen an Bedeutung gewinnen.

Empfehlung: Zur Vermeidung von Risiken sollten öffentliche Unternehmen bei beihilferelevanten Sachver-

Die Risiken gab es schon bisher – neu ist allein der Standard.

halten die Vorgaben des EU-Beihilferechts im Blick haben und die Gestaltungsmöglichkeiten nutzen.

Bei der Umsetzung der notwendigen Schritte einer beihilfekonformen Gestaltung und Prüfung stehen wir Ihnen auf der Basis umfassenden Erfahrungswissens gerne zur Verfügung. Zudem werden wir hierzu anhand konkreter Praxisbeispiele im Rahmen der folgenden Ausgaben näher berichten. Vorgesehen sind

- eine detaillierte Darstellung der rechtlichen Grundlagen für die Beurteilung sog. Beihilfetatbestände,
- eine Übersicht zur Beurteilung beihilferechtlicher Sachverhalte im Rahmen der Abschlussprüfungen sowie
- eine Analyse der gesonderten Prüfung von Ausgleichsleistungen bei der gewährenden Stelle.

VERSORGUNGSWIRTSCHAFT

Erlösobergrenzen im Rahmen der Anreizregulierung

Eine neue BGH-Entscheidung und ihre Folgen

Zu grundlegenden Fragen der Erlösobergrenzenfestlegung hat sich der BGH kürzlich geäußert und die Aufsichtsbehörden zur Nachbesserung verpflichtet. Mit einem Vergleichsangebot bemühen sich die BNetzA und die Landesregulierungsbehörden um Verfahrensvereinfachungen. Aber wie ausgewogen ist der dabei eröffnete Kompromissvorschlag tatsächlich?

1. Weitreichende Inhalte und Konsequenzen der BGH-Entscheidung

Im dritten Jahr der Anreizregulierung klären sich für Betreiber von Strom- und Gasnetzen erstmalig grundlegende rechtliche Fragen: Mit Beschluss vom 28.6.2011 hat sich der BGH zu einer Vielzahl von Streitpunkten im Zusammenhang mit der Festlegung von Erlösobergrenzen durch die Bundesnetzagentur geäußert und der restriktiven Regulierungspraxis der Behörde eine unmissverständliche Absage erteilt. Aufgrund der Vielzahl der bis zu diesem Zeitpunkt anhängigen Klagever-

fahren besitzt der Beschluss eine hohe Praxisrelevanz. Die wesentlichen Inhalte der Entscheidung betreffen insbesondere die folgenden vier Punkte:

(1) Ermittlung des Ausgangsniveaus: Hierbei war nach § 6 Abs. 2 Anreizregulierungsverordnung (ARegV) die höchststrichterliche Rechtsprechung zur Auslegung und Anwendung der Stromnetzentgeltverordnung (StromNEV) zu berücksichtigen. Dies beinhaltet vor allem die Einbeziehung von Anlagen im Bau und geleisteten Anzahlungen in die Verzinsungsbasis sowie die Berücksichtigung eines Risikozuschlags im ansatzfähigen Fremdkapitalzinssatz.

(2) Genereller sektoraler Produktivitätsfortschritt (Xgen): Dessen Berücksichtigung hat der BGH in der Ausgestaltung durch den Ordnungsgeber als unzulässig qualifiziert. Zwar sei es nicht zu beanstanden, dass in die Regulierungsformel die Abweichung zwischen gesamtwirtschaftlicher und netzwirtschaftlicher Einstandspreisentwicklung einfließt – gleichsam als Korrektur für die ebenfalls in der Formel enthaltene allgemeine Geldwertentwicklung. Für die in § 9 Abs. 1 ARegV außerdem vorgesehene Berücksichtigung einer Abweichung des netzwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritts von dem gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritt hingegen findet sich – so der BGH unzweideutig – im EnWG keine hinreichende Grundlage.

(3) Erweiterungsfaktor: Hierzu urteilte der BGH, dass die Regulierungsbehörde einen Erweiterungsfaktor in entsprechender Anwendung von § 10 ARegV bereits für das erste Jahr der Regulierungsperiode (hier 2009) hätte ansetzen müssen. Erweiterungsfaktor-Anträge vom 30.6.2008 sind demnach neu zu bescheiden.

(4) Härtefallregelung des § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ARegV: Diese ist in Konsequenz der neuen BGH-Rechtsprechung auch im Rahmen der erstmaligen Bestimmung der Erlösobergrenze anwendbar. Als unvorhersehbares Ereignis im Sinne des § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ARegV ist hierbei ein Umstand anzusehen, der im Genehmigungsverfahren nach den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften und wegen des Zeitversatzes zu dem maßgeblichen Basisjahr nicht berücksichtigungsfähig war. Hierzu zählen auch außerge-

wöhnliche Kostensteigerungen für die **Beschaffung von Verlustenergie** bezogen auf das Basisjahr. Zur Beantwortung der Frage, ob hierdurch eine nicht zumutbare Härte entstanden ist, darf dem BGH zufolge jedoch nicht nur die einzelne Kostenposition in den Blick genommen werden: Vielmehr ist eine Gesamtbetrachtung der Kosten- und Vermögenssituation des Netzbetreibers anzustellen.

Hinweis: Im Rahmen der Entscheidung befasst sich der BGH im Weiteren auch mit Streitfragen zum pauschalierten Investitionszuschlag (PIZ) nach § 25 ARegV sowie zum Umgang mit einmaligen Korrekturbeträgen bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus nach § 6 Abs. 2 der ARegV. Diese Punkte sollen hier jedoch aufgrund ihrer Seltenheit oder materiell untergeordneten Bedeutung nicht weiter vertieft werden.

Rückwirkende Anpassung der Erlösobergrenze in Entgelte der Vergangenheit oder Umsetzung mit Wirkung für die Zukunft?

2. Umsetzungsvorschlag der BNetzA

Im Tenor ihrer Entscheidung vom 28.6.2011 verpflichten die Karlsruher BGH-Richter zwar die Bundesnetzagentur zur Neubescheidung in Bezug auf die vom Netzbetreiber

erfolgreich angegriffenen Streitpunkte. Die Konsequenzen für die Praxis bleiben jedoch offen: Neben einer Umsetzung der rückwirkenden Anpassung der Erlösobergrenze in Entgelte der Vergangenheit wäre auch

eine Umsetzung mit Wirkung für die Zukunft denkbar.

In dem offenkundigen Bestreben, möglichst viele der noch offenen Verfahren zu beschleunigen, bietet die Bundesnetzagentur den beschwerdeführenden Netzbetreibern seit September 2011 eine vereinfachte Umsetzung der BGH-Rechtsprechung im Stile einer Kompromisslösung an. Hiernach sollen sich die Netzbetreiber

Tab. 1: Einzelbereiche des Gesamtvorschlags der Bundesnetzagentur

Regelungsbereich	Vorschlag der BNetzA
Ermittlung des Ausgangsniveaus	Berücksichtigung der Werte für Anlagen im Bau und geleistete Anzahlungen bei der Bestimmung des Ausgangsniveaus für die erste Regulierungsperiode sowie Anhebung des zugrunde gelegten Zinssatzes für das die zulässige Eigenkapitalquote von 40 % übersteigende Eigenkapital in Höhe von 0,35 Prozentpunkten.
Produktivitätsfortschritt	Vollständiger Verzicht auf den Ansatz eines generellen sektoralen Produktivitätsfortschritts für die Dauer der ersten Regulierungsperiode – für die Jahre 2012 und 2013 jedoch unter dem Vorbehalt einer künftigen Änderung des gesetzlichen und bzw. oder verordnungsrechtlichen Rahmens.
Erweiterungsfaktor	Gewährung eines Anpassungsbetrags aufgrund eines Erweiterungsfaktors für das erste Jahr der ersten Regulierungsperiode (2009) – vereinfachend in Höhe von drei Fünfteln des für das Kalenderjahr 2010 genehmigten Anpassungsbetrags. Voraussetzung ist die fristgerechte Beantragung eines Anpassungsbetrags zum 30.6.2008.
Härtefallregelung	Im Gegenzug: Vollständiger Verzicht auf die Geltendmachung eines Härtefalls und die Weiterverfolgung bereits gestellter Härtefallanträge (u. a. für Verlustenergie).
Aufschlag auf Erlösobergrenzen	Berücksichtigung der sich hierdurch für die Jahre 2009 bis 2011 ergebenden aufgezinnten Zusatzbeträge als Aufschlag auf künftige Erlösobergrenzen. Unter der Bedingung jeweils gleichbleibender Jahresbeträge (Annuitäten) besteht hierbei die Wahl des Verteilungszeitraums zwischen 1 und 7 Jahren im Bereich Strom sowie zwischen 1 und 6 Jahren im Bereich Gas.

zum Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags bereit erklären, der detaillierte Regelungen zu den im Rahmen des Beschwerdeverfahrens geltend gemachten Punkten umfasst und zudem die Verpflichtung zur Beschwerde-Rücknahme hinsichtlich der dann abschließend geregelten Sachverhalte enthält.

Konkret sollen in Abänderung der ursprünglichen Festlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen – mit Blick auf die vorgenannten Streitpunkte – die in der Tabelle 1 aufgeführten Regelungen getroffen werden.

Zwischenzeitlich haben sich auch einzelne Landesregulierungsbehörden zu Umsetzungsfragen im Zusammenhang mit der BGH-Rechtsprechung geäußert. So kündigte etwa die Landesregulierungsbehörde Nordrhein-Westfalen kürzlich an, sich weitgehend dem Vorgehen der BNetzA anzuschließen.

Hinweis: In aller Regel liegt den Netzbetreibern zum jetzigen Zeitpunkt allerdings noch kein unterschriftsreifer Vertrag vor. Die BNetzA hat sich bislang auf das Einholen von Absichtserklärungen beschränkt.

3. Faires Angebot oder fauler Kompromiss?

3.1 Nur scheinbar einfache Vorteilhaftigkeitsabwägung

Die betriebswirtschaftliche Bewertung des Angebots der Regulierungsbehörden lässt sich in vielen Fällen auf die Gegenüberstellung der beiden gewichtigsten Regelungssachverhalte reduzieren, nämlich

- den Vorteil aus einem vollständig wegfallenden sektoralen Produktivitätsfortschritt und
- den Nachteil aus einer Verzichtserklärung in Bezug auf die Härtefallregelung zum Ausgleich gestiegener Kosten für Verlustenergie.

Bereits hier wird deutlich, dass die Bewertungsergebnisse für Stromnetzbetreiber nicht in jedem Fall eindeutig ausfallen dürften. Denn die sich dabei ergebenden Differenzen aus einem Abgleich zwischen

- tatsächlichen Kosten der Verlustbeschaffung einerseits und

- diesbezüglich in den Erlösobergrenzen enthaltenen Ansätzen andererseits

werden nur Ausgangspunkt der Betrachtungen sein können.

3.2 Schwierige Abschätzung der Erfolgsaussichten eines Härtefallantrags

Entscheidend wird darüber hinaus eine Einschätzung zu den Erfolgsaussichten eines aufrecht erhaltenen Härtefallantrags nach § 4 Abs. 4 Nr. 2 ARegV sein.

Zwar knüpft der BGH an das Vorliegen einer unzumutbaren Härte insgesamt weniger restriktive Bedingungen als noch die Vorinstanz (OLG Stuttgart im Urteil vom 24.3.2010, Az.: VI – 3 Kart 200/9 [V]). Gleichwohl ist aber davon auszugehen, dass die Anwendungsvoraussetzungen in vielen Fällen nicht in vollem Umfang vorliegen. Bei der angemessenen und wettbewerbsfähigen Verzinsung des Eigenkapitals, die dem Netzbetreiber verbleiben muss, handelt es sich nämlich nicht um eine gesetzlich garantierte Verzinsung in einer bestimmten Höhe. Die Hinnahme einer vorübergehend geringeren Verzinsung ist dem BGH zufolge nicht von vornherein als unzumutbar zu werten. Im Übrigen ist stets auf eine Gesamtbetrachtung der Kosten- und Vermögenslage abzustellen.

3.3 Komplizierte Berechnung des Vorteils aus dem Wegfall des sektoralen Produktivitätsfortschritts

Auch die Abschätzung des Vorteils aus dem Wegfall des sektoralen Produktivitätsfortschritts in der Anreizformel ist nur scheinbar unkompliziert. Dadurch, dass der BGH die Regelung des § 9 ARegV nicht in Gänze verwirft, sondern die dort u. a. vorgesehene Korrektur etwaiger Differenzen zwischen gesamtwirtschaftlicher und netzwirtschaftlicher Einstandspreisentwicklung ausdrücklich nicht beanstandet, beträgt der zulässigerweise in der Anreizregulierungsformel zu berücksichtigende Faktor eben nicht Null. Er wäre vielmehr im Rahmen einer sachverständigen Berechnung neu zu ermitteln.

Empfehlung: Hierbei ist der im Vergleichsangebot für die Jahre 2012 und 2013 formulierte und auf eine Änderung des Rechtsrahmens gerichtete Vorbe-

halt sehr ernst zu nehmen. Denn einer Gesetzesinitiative der Regierungsfractionen zufolge ist von einer Änderung sowohl des EnWG als auch der ARegV durchaus noch im laufenden Jahr 2011 auszugehen – mit dem Ziel einer rechtssicheren Ausgestaltung des generellen Produktivitätsfaktors bei ansonsten unveränderten Vorgaben.

4. Fazit

Trotz der aufgezeigten Probleme gilt aber: Im Sinne einer Verfahrensbeschleunigung und Vereinfachung ist der Vorschlag der BNetzA zur Umsetzung der BGH-Rechtsprechung durchaus zu begrüßen. In der Tendenz dürften sich für die meisten Gas- und eine Vielzahl der Stromnetzbetreiber darüber hinaus auch materielle Vorteile aus der Annahme des hierauf gerichteten Angebots ergeben.

Empfehlung: Der abschließenden Entscheidung sollte jedoch eine unternehmensindividuelle Analyse vorausgehen. Dabei sind insbesondere kurzfristig zu erwartende Gesetzes- und Verwaltungsänderungen und die hieran geknüpften Folgen ins Kalkül zu ziehen. Gerne unterstützen wir Sie bei Ihrer Entscheidungsfindung.

Einstellung von Konzessionsabgabenzahlungen für die Wegenutzung

Echtes Risiko oder nur eine Drohgebärde des Altkonzessionärs ?

Sind Altkonzessionäre nach Jahresfrist zur Einstellung von Konzessionsabgabenzahlungen berechtigt, wenn Wegenutzungsrechte neu vergeben werden? Kommunen haben hier gute Aussichten, einer solchen Ansicht zuwiderlaufende Ansprüche durchzusetzen.

1. Widerstände der Altkonzessionäre

Im Falle des Auslaufens eines Wegenutzungsvertrags (Konzessionsvertrag) besteht die Pflicht zur Zahlung der vertraglich vereinbarten Konzessionsabgaben (KA) gem. § 48 Abs. 4 des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) für ein Jahr fort, es sei denn, dass zwischenzeitlich eine anderweitige Regelung getroffen wird. Oftmals droht der Altkonzessionär mit einer Einstellung der KA-Zahlung nach



Auslaufende Wegenutzungskonzession: Drohgebärden der Altkonzessionäre erfolgreich begegnen

Ablauf des sog. Nachwirkungsjahres. Dabei wird teilweise sogar sachwidrig behauptet, dass angesichts der bestehenden Rechtslage die KA-Zahlung sogar enden müsse.

Diese Drohgebärde ist aus kommunaler Sicht im aktuellen Konzessionspoker und mit Blick auf die Widerstände der Altkonzessionäre, bei Konzessionsverlusten dem Neukonzessionär Eigentum an den Netzen zu verschaffen, besonders ärgerlich: Denn regelmäßig hat es die Kommune nicht in der Hand, wie lange Alt- und Neukonzessionär über die Netzherausgabe streiten – und es drängt sich der Eindruck auf, dass Kommunen auf diesem Wege für den Wechsel des Konzessionsvertragspartners „bestraft“ werden sollen. Zugleich wird für Kommunen, die bei der Konzessionsvergabe noch unentschieden sind, ein massives Drohpotenzial im Sinne angeblicher finanzieller Einbußen aufgebaut, um die Entscheidung für den Altkonzessionär zu beeinflussen.

2. Zur historischen Begründung der zeitlich begrenzten Nachwirkung

Die Begrenzung der Nachwirkung auf ein Jahr sollte den Druck auf die Kommunen erhöhen, nach Ablauf von 20 Jahren einen echten Wettbewerb um die Netzkonzession auch tatsächlich zu eröffnen. Ohne eine solche Begrenzung der Nachwirkung hätte die Gefahr bestanden, dass die Kommunen dauerhaft im „vertragslosen“ Zustand verharren und ein Wettbewerb nicht oder nur mit erheblichen zeitlichen Verzögerungen eröffnet wird.

Diese Argumentation liegt auch einigen alten Gerichtsentscheidungen zur Einstufung der KA-Zahlungspflicht nach Ablauf des Nachwirkungsjahres zugrunde. So urteilte der BGH in 2001 (Urteil vom 3.7.2001, Az.: KZR 10/00), dass eine nachvertragliche KA in der bisherigen Höhe die Gefahr mit sich bringen kann, dass die Gebietskörperschaft einen zur Verbesserung der Versorgungsbedingungen gebotenen Wechsel von einem Wettbewerber zum anderen verzögert und dadurch den kartellrechtswidrigen Zustand verewigt.

Unter dem aktuellen Rechtsrahmen und angesichts des eröffneten und starken Wettbewerbs um Netzkonzessionen überzeugt diese Rechtsauffassung nicht mehr. Vielmehr verkehrt sich eine Einstellung der KA-Zahlung an die Kommune ins genaue Gegenteil: Aufgrund der hohen Bedeutung für die kommunalen Haushalte müsste die Kommune dauerhaft am Altkonzessionär festhalten, um gravierende finanzielle Nachteile sicher ausschließen zu können. Bei Licht betrachtet müsste der BGH unter dem

Gesichtspunkt der Förderung des Wettbewerbs – solange keine besonderen Umstände im Einzelfall hinzutreten – heute auf eine dauerhafte Fortsetzung der Zahlung der maximalen KA hinwirken.

Echter Wettbewerb um Netzkonzessionen eröffnet?

3. Ansprüche der Kommune ...

Unstreitig steht der Kommune fortgesetzt die volle KA zu, solange der Altkonzessionär eine entsprechende KA als Bestandteil der Netznutzungsrechnung von den Netznutzern erhebt. In diesem Fall würde sich der Altkonzessionär ungerechtfertigt bereichern, sollte er einerseits die KA von den Netznutzern einfordern, andererseits aber die Zahlung gegenüber der Kommune verweigern. Nach den entsprechenden bereicherungsrechtlichen Grundsätzen ist der Altkonzessionär zur Herausgabe gegenüber der Kommune verpflichtet. Das hat im Übrigen auch der BGH bereits in seiner o.g. Entscheidung aus 2001 entsprechend ausgeführt.

Da dies auch den Altkonzessionären bekannt ist, wird regelmäßig angedroht, bereits im Vorfeld die Erhebung von KA von den Netznutzern einzustellen. Nach der hier vertretenen Auffassung würde ein solches Vorgehen immer treuwidrig sein und damit den Grundsatz von „Treu und Glauben“ verletzen, da der Altkonzessionär durch die Erhebung der KA von den Netznutzern und die Auszahlung an die Kommune kein eigenes wirtschaftliches Interesse verfolgen kann – außer der Herbeiführung eines finanziellen Schadens für die Kommune. Kaum bestreitbar ist das jedenfalls für diejenigen Fälle anzunehmen, in denen sich der Neuabschluss eines Konzessionsvertrags

oder die Übereignung des Netzes auf einen neuen Konzessionär aus Gründen hinauszögern, die die Kommune nicht zu verantworten hat.

4. ... insbesondere bei fortgesetzter Ausübung des Wegenutzungsrechts

Letztlich kann die bis hierhin geführte Diskussion aber vernachlässigt werden: Schließlich übt der Altkonzessionär die eingeräumten Rechte zur Nutzung der gemeindlichen Straßen auch nach Ablauf des Nachwirkungsjahres weiter aus. Daher lässt sich mit sehr guten Gründen vertreten, dass der Kommune eine Gegenleistung in der Höhe der zuletzt gezahlten höchstzulässigen KA zusteht, solange der Altkonzessionär das in seinem Eigentum stehende Elektrizitätsversorgungsnetz faktisch betreibt.

Hinweis: Dabei kommt es nicht darauf, ob insoweit eine KA im Sinne der KonzessionsabgabenV oder eine Entschädigung in gleicher Höhe geschuldet wird. Dass eine Entschädigung in Höhe des zuletzt vereinbarten Nutzungsentgelts geschuldet ist, findet im Übrigen eine Entsprechung in anderen vergleichbaren Rechtsbereichen.

Es darf jedoch nicht verschwiegen werden, dass es zu dem hier besprochenen Problemfeld keine aktuelle Rechtsprechung gibt und in der alten Rechtsprechung zwar auch eine Nutzungsentschädigung als angemessen erachtet wird, diese jedoch seinerzeit ebenso in anderer Höhe vorgesehen werden konnte. Dabei wurde auf die marktüblichen Bedingungen in sog. Interimskonzessionsverträgen verwiesen.

5. Zusammenfassende Gestaltungsempfehlungen

Im Idealfall kann bereits bei der Eröffnung des Wettbewerbs um die Netzkonzession eine Zusicherung des Altkonzessionärs zur Fortzahlung des KA-Höchstsatzes über den Ablauf des Nachwirkungsjahres hinaus vereinbart werden. Als *second-best*-Lösung sollte in jedem Fall – wie auch in § 48 EnWG vorgesehen – zu einem späteren Zeitpunkt eine einvernehmliche vertragliche Regelung getroffen werden, die dem Altkonzessionär die Nutzung des öffentlichen Straßenraums bis zur Herausgabe des Versor-

gungsnetzes an einen Neukonzessionär gegen eine Entschädigung in Höhe der derzeit gezahlten KA gestattet.

Schließlich empfiehlt es sich, beim Neuabschluss von Konzessionsverträgen bereits 21 Jahre vor Ablauf des Nachwirkungsjahres eine Fortsetzung der KA-Zahlung über das 21. Jahr hinaus vertraglich zu vereinbaren.

Hinweis: PKF berät mit einem interdisziplinären Team von Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern, Rechtsanwälten und Ingenieuren eine Vielzahl von Kommunen und Energieversorgungsunternehmen im Wettbewerb um Netzkonzessionen. Mit oberster Priorität wird dabei die rechtssichere Gestaltung der Konzessionsvergabe gewährleistet. Gerne unterstützen wir auch Ihr Unternehmen oder Ihre Kommune.

VERKEHRSWIRTSCHAFT

Umsetzung der Allgemeinen Vorschriften im Ausbildungsverkehr

Ein Praxisbericht zur Anwendung von § 11a Abs. 2 Satz 6 ÖPNVG NRW

Einen „Flickenteppich“ von in 2011 umgesetzten allgemeinen Vorschriften mutet das Land Nordrhein-Westfalen (NRW) der Praxis zu. Zu befürchten sind Fehlallokationen und eine Vielzahl von Rechtsstreiten.

1. Nachfolgeregelung zum Ausgleich nach § 45a PBefG

Durch das Gesetz vom 21.12.2010 ist die Nachfolgeregelung zum Ausgleich nach § 45a PBefG auf der Basis einer Ausbildungspauschale an die kommunalen Aufgabenträger in Kraft getreten. Nach diesen neuen landesgesetzlichen Vorgaben werden keine Sollkosten mehr ermittelt bzw. fortgeschrieben, sondern regional verfügbare Mittel pauschaliert über den Verteilungsmaßstab (zugeschiedene) „Erträge“ an die Verkehrsunternehmen weitergeleitet. Soweit Verkehrsunternehmen im Gebiet mehrerer Aufgabenträger tätig sind, erfolgt die Aufteilung nach Wagen-Km.



NRW-Pauschalierungsvorgaben zum Schulbus-/Ausbildungsverkehr sind europarechtlich bedenklich

Das Land NRW hat eine „Handreichung“ zur Erstellung der entsprechenden Umsetzung nach der VO (EG) 1370/2007 veröffentlicht, die Form und Mindestinhalt der allgemeinen Vorschrift sowie besondere Hinweise zu

- Begriffen,
- Berechnungsgrundlagen,
- Verteilungsmaßstäben,
- Ausgleichsberechnungen,
- Antrags- und Bewilligungsverfahren sowie
- Hinweise zur Überkompensationsprüfung

beinhaltet.

Hinweis: Bereits die o.g. Pauschalierungsvorgaben des Landes NRW sind europarechtlich bedenklich, da weder eine Ex-ante-Überkompensationskontrolle möglich ist noch einheitliche und objektive Kriterien für die Mittelverteilung vorliegen.

2. Regelungen für den VRR

An der Umsetzung einer allgemeinen Vorschrift im Verkehrsverbund Rhein-Ruhr (VRR) hat PKF mitgewirkt. Diese Vorschrift orientiert sich an der bisherigen beihilferechtlichen und steuerlichen Handhabung des § 45a PBefG unter Berücksichtigung der neuen Landesvorgaben.

Aufgrund der Größe des VRR-Gebiets (es umfasst 24 Aufgabenträger in NRW) besteht für die dort tätigen Aufgabenträger bzw. Unternehmen in der Regel kein bzw. nur ein geringer Abstimmungsbedarf mit Vorgaben anderer Aufgabenträger bzw. deren Vorschriften. Die Überkompensationsprüfung im VRR erfolgt auf der Basis einer „Gesamtbetrachtung“ unter Einbeziehung aller Ausgleichsleistungen im VRR (Ausschluss von Doppelförderungen) unter Anwendung einheitlicher Trennungs- und Prüfungsvorgaben. Ermessensentscheidungen trifft ausschließlich der VRR unter Berücksichtigung aktueller KOM-Entscheidungen.

3. Problembereiche außerhalb des VRR

3.1 Uneinheitliche Trennungsvorgaben

Außerhalb des VRR bestehen nach Analysen von PKF über 40 weitere allgemeine Vorschriften in NRW, die z. T. von unterschiedlichen Beratern begleitet wurden und teilweise sehr unterschiedliche Vorgaben beinhalten. So existieren Vorschriften, die bei der Überkompensationsprüfung eine pauschalierte Trennung von Aufwendungen und Erträgen im Schülerverkehr vorsehen und auf eine „Gesamtbetrachtung“ verzichten.

Andere Vorschriften stellen hingegen ausdrücklich auf die sog. „Gesamtbetrachtung“ ab. Durch diese unterschiedlichen Trennungsvorgaben ist keine 100%ige Allokation bei der Abrechnung sichergestellt.

3.2 Pauschalierte Gewinnvorgaben

Nahezu alle allgemeinen Vorschriften außerhalb des VRR geben pauschalierte Maximalrenditen bei der Berechnung des finanziellen Nettoeffekts vor. Dabei werden pauschalierte Methoden der Bezugsgröße und pauschale Prozentsätze als Gewinnobergrenze vorgegeben (z.B. 3% auf Gesamtkosten).

Angemessene Gewinne im Sinne aktueller KOM-Entscheidungen (z.B. „Südmähren“, vgl. dazu den Beitrag in den PKF Themen ÖS 2/2009) sowie Effizienzgewinne (z.B. „danske statsbaner“, vgl. dazu den Beitrag in den PKF Themen ÖS 3/2010), die ggf. außerhalb der gemeinschaftlichen Verpflichtungen erwirtschaftet werden, müssten als Überkompensation bei dem Aufgabenträger „abgeliefert“ werden.

Hinweis: Unklar bleibt dabei insbesondere, ob die als Kapitalrendite bezeichnete, aber als Kostenrendite berechnete Position z.B. Fremdkapitalzinsen beinhaltet

und damit eigenfinanzierte Unternehmen benachteiligen würde. Im Einzelfall könnte dies zur Insolvenz von Marktteilnehmern führen, wenn beispielsweise die Fremdfinanzierungszinsen mit 6% über dem zulässigen Gewinn lägen und nicht ausgeglichen werden.

Angemessene Gewinne im Sinne aktueller KOM-Entscheidungen sowie Effizienzgewinne, die ggf. außerhalb der gemeinschaftlichen Verpflichtungen erwirtschaftet werden, müssten als Überkompensation bei dem Aufgabenträger „abgeliefert“ werden.

Manche allgemeinen Vorschriften brechen die Abrechnung sogar auf Linienbündel herunter, was eine weitere Unschärfe mit sich bringt und die Unterkompensationsrisiken aus Unternehmenssicht deutlich erhöht. Auch eine Verrechnung auf mehrere Jahre ist in diesen allgemeinen Vorschriften regelmäßig nicht vorgesehen. Das führt insbesondere dann zu Verzerrungen, wenn in einem Jahr z.B. Verbundabrechnungen aus Vorjahren anfallen oder Fahrzeugverkäufe vorliegen,

da gemäß Anhang VO (EG) 1370/2007 auf jährliche handelsrechtliche Ergebnisse abzustellen ist.

Hinweis: Im Rahmen eines aktuell von PKF begleiteten Abstimmungsverfahrens mit der EU-KOM kann im Rahmen der Überkompensationskontrolle gemäß Anhang VO (EG) 1370/2007 auf mindestens 4 Jahre abgestellt werden.

4. Fazit

Die Umsetzung der allgemeinen Vorschriften im Ausbildungsverkehr nach § 11a Abs. 6 ÖPNVG NRW führt nach unserer Einschätzung sowohl rechtlich als auch wirtschaftlich zu einer äußerst unbefriedigenden Situation.

Infolge einer teilweise fehlerhaften Auslegung und Umsetzung der Vorgaben der VO (EG) 1370/2007 (außerhalb des VRR) ergeben sich Fehlallokationen, die auf Unternehmensebene ggf. kurzfristig zur Insolvenz führen können. Eine Vielzahl von Rechtsstreiten ist absehbar.

Um diese Risiken zu vermeiden, müssten die meisten Vorschriften nachgebessert werden und marktkonforme sowie nicht wettbewerbsverzerrende Ermessensentscheidungen auf objektiver Grundlage zugelassen werden.

GESELLSCHAFTSRECHT/ KOMMUNALRECHT

Weisungsrecht an Aufsichtsratsmitglieder einer kommunalen GmbH

Weite Auslegung von Gesellschaftsverträgen durch das BVerwG

Immer wieder haben sich die Gerichte mit dem Spannungsverhältnis zwischen Kommunalrecht und Gesellschaftsrecht zu befassen: In einer soeben im Volltext vom Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) veröffentlichten Entscheidung vom 31.8.2011 ging es um die Auswirkungen des kommunalrechtlichen Weisungsrechts des Rates nach § 113 Abs. 1 Satz 2 GO NRW gegenüber den von ihm entsandten Aufsichtsratsmitgliedern auf den Gesellschaftsvertrag.

1. Zur gesellschaftsrechtlichen Stellung von Aufsichtsratsmitgliedern

Gesellschaftsrechtlich sind Aufsichtsratsmitglieder von Aktiengesellschaften stets weisungsfrei und Aufsichtsratsmitglieder von GmbH zumindest dann, wenn § 52 GmbHG greift. Nach § 52 GmbHG sind bestimmte aktienrechtliche Vorschriften zum Aufsichtsrat entsprechend anwendbar, wenn im Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt ist.

2. Sachverhalt: Aufsichtsrat einer mehrheitlich kommunal gehaltenen GmbH

Die klagenden Mitglieder des fakultativen Aufsichtsrats einer mehrheitlich kommunal gehaltenen GmbH hatten u.a. aus § 52 GmbHG den Schluss gezogen, ein Weisungsrecht des Rates könne ihnen gegenüber nur dann bestehen, wenn dies im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich so verankert sei.

Der Gesellschaftsvertrag enthielt eine allgemeine Klausel, nach der die GmbH einen Aufsichtsrat habe, auf den die Bestimmungen des AktG nicht anzuwenden seien.

Außerdem enthielt er einige konkrete Bestimmungen zum Aufsichtsrat, sah aber nicht ausdrücklich ein Weisungsrecht vor.

3. Bundesverwaltungsgericht bejaht Weisungsrecht

Das BVerwG befasste sich in seiner Entscheidung vom 31.8.2011 zunächst mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Gesellschaftsvertrag die Anwendbarkeit von § 52 GmbHG ausdrücklich ausschließt. Die hier verwendete allgemeine Klausel sei dazu nicht ausreichend. Sodann legte das Gericht aber die im Gesellschaftsvertrag enthaltenen Regelungen zum Aufsichtsrat ergänzend aus und unterstellte, dass ungeschrieben ein Weisungsrecht vereinbart, insoweit also eine von § 52 GmbHG abweichende Bestimmung getroffen worden sei. Grund dafür sei

- einerseits, dass der Gesellschaftsvertrag konkrete Regeln über die Zusammensetzung, Aufgaben sowie die Beschlussfassung enthalte, und
- dass andererseits eine Gemeinde sich gem. § 108 Abs. 5 Nr. 2 GO NRW nur dann an einer GmbH beteiligen dürfe, wenn der Rat den kommunalen Aufsichtsratsmitgliedern Weisungen erteilen könne.

Hinweis: Die Entscheidung des BVerwG vom 31.8.2011 trägt das Az. 8 C 16.10 (Vorinstanz: OVG Münster, Urteil vom 24.4.2009, Az.: 15 A 2592/07) und ist im Volltext unter www.bundesverwaltungsgericht.de einsehbar.

4. Zweifel an einer zu weiten Auslegung von GmbH-Gesellschaftsverträgen ...

Ob der für das Gesellschaftsrecht zuständige BGH-Senat diese recht weit reichende ergänzende Auslegung durch das BVerwG ebenso vornehmen würde, darf bezweifelt werden. Denn GmbH-Gesellschaftsverträge sind zum Schutz des Rechtsverkehrs in Teilbereichen nur einer eingeschränkten, in erster Linie am Wortlaut und Sinnzusammenhang orientierten Auslegung zugänglich.

Auf diese eingeschränkte Auslegbarkeit verweist zwar auch das BVerwG, hält aber die Einbeziehung des kom-

munalrechtlichen Umfeldes ausdrücklich für zulässig. Der Rechtsverkehr sei ausreichend geschützt,

- weil aus dem Handelregister ersichtlich sei, dass eine Gemeinde maßgeblich an der Gesellschaft beteiligt sei und
- weil eine tatsächliche Vermutung dafür spreche, dass die Gemeinde die gesetzlichen Voraussetzungen für ihre Beteiligung einhalten wolle (die gesetzlichen Bestimmungen könne der Rechtsverkehr aus den Bekanntmachungen im Gesetzblatt [im Streitfall NRW] entnehmen).

5. ... aufgrund fragwürdiger Begründung des BVerwG

Zumindest die Begründung des BVerwG ist schon deshalb fragwürdig, weil die Gesellschafterstellung einer Gemeinde nicht aus der Handelsregistereintragung selbst, sondern nur mittelbar über die Gesellschafterlisten ersichtlich ist.

Diese sind zwar mittlerweile grundsätzlich über die Handelsregisterdatenbank abrufbar, dort aber oft noch nicht hinterlegt.

6. Grenzen der ergänzenden Auslegung von Vertragsbestimmungen

Darüber hinaus stellt sich die Frage, wie detailliert die Vorschriften eines GmbH-Gesellschaftsvertrags gefasst sein müssen, damit im Wege der ergänzenden Auslegung von einer abweichenden Regelung im Sinne des § 52 GmbHG zum Weisungsrecht auszugehen ist. Kein Weisungsrecht besteht jedenfalls dann, wenn der Gesellschaftsvertrag sich auf die bloße Einrichtung eines Aufsichtsrats beschränkt und keine weiteren Anordnungen trifft.

Ergebnis: In einem solchen Fall bleibt es bei der bisherigen Rechtslage, dass ein Weisungsrecht wegen der entsprechenden Anwendung des Aktienrechts über § 52 GmbHG ausgeschlossen ist.



Selbstbestimmtes oder weisungsabhängiges Stimmverhalten der Aufsichtsräte?

VERGABERECHT

Abschluss eines neuen Konzessionsvertrags

Kriterienänderung im laufenden Verfahren

Zwar bestehen nach einer aktuell vom Verwaltungsgericht Aachen formulierten Auffassung kaum Zweifel hinsichtlich Rechtsweg und Kriterienänderung beim Abschluss neuer Konzessionsverträge. Die nähere Analyse zeigt jedoch, dass hierbei noch eine Reihe weiterhin höchst umstrittener Fragen der abschließenden Klärung bedarf.

1. Hintergrund: Die Gegebenheiten im konkreten Fall

Eine Kommune in Nordrhein-Westfalen (NRW) hatte im Rahmen eines wettbewerblichen Verfahrens einen Netzbetreiber ausgewählt, der Vertragspartner eines neuen Wegenutzungsvertrags nach § 46 EnWG werden sollte. Dabei hatte die Kommune bestimmte Kriterien bekannt gegeben, nach denen der Vertragspartner ausgewählt werden sollte. Während des laufenden Auswahlverfahrens veröffentlichten aber die Bundesnetzagentur und das Bundeskartellamt ihren Gemeinsamen Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen. Die dortigen Ausführungen ließen die Kommune die Rechtmäßigkeit der von ihr festgelegten Auswahlkriterien bezweifeln und in der Folge auch ändern. Auf der Basis dieser geänderten Kriterien war sodann ein Unternehmen als Neukonzessionär ausgewählt worden. Hiergegen rief ein Bieter das VG Aachen um Rechtsschutz an.

2. Verwaltungsgerichtlicher Rechtsweg?

Das VG Aachen erklärte den Verwaltungsrechtsweg im Verfahren vom 13.9.2011 (Az. 1 L 286/11) für eröffnet und bezog sich auf einen früheren Beschluss, der dasselbe Konzessionsvergabeverfahren betraf (vom 13.4.2011, Az.: 1 L 113/11). Zur Begründung führt das VG aus, dass das streitgegenständliche Rechtsverhältnis öffentlich-

rechtlicher Natur sei und die Kommune mit dem Abschluss des Konzessionsvertrags eine öffentliche Aufgabe verfolge, nämlich die Bereitstellung von Gas. Trotz der funktionalen Privatisierung dieser Aufgabe geht es nach Einschätzung des VG dennoch um eine von der Kommune wahrgenommene Aufgabe der Daseinsvorsorge. Den Vorgang der Auswahl des neuen Vertragspartners, der diese Aufgabe der Daseinsvorsorge schließlich für die Kommune erfüllen wird, ordnet das VG als öffentlich-rechtlich ein, da das Privatrecht keine Maßstäbe aufstelle, die an die Wahrnehmung einer Aufgabe der Daseinsvorsorge zu legen wären.

3. Gas-Konzessionsvertrag als vergabe-rechtliche Dienstleistungskonzession

Das VG Aachen sieht Konzessionsverträge nach § 46 EnWG ausdrücklich als sog. Dienstleistungskonzessionen an. Dies begründet die Kammer im Zusammenhang mit den Feststellungen zum Rechtsweg in dem Beschluss vom 13.4.2011 damit, dass der Vertragspartner der Kommune vertraglich dazu verpflichtet werden soll, das Gasversorgungsnetz im Gebiet der Antragsgegnerin zu betreiben und zu unterhalten, um insoweit eine Aufgabe der Daseinsvorsorge für die Kommune zu erfüllen. Dafür erhalte der Konzessionsvertragspartner aber gerade kein Entgelt von der Kommune: Seine Leistung werde vielmehr maßgeblich von seinen Kunden über das Netznutzungs-entgelt vergütet.

4. Kriterienänderung im laufenden Verfahren unzulässig

Das VG Aachen sieht das durchgeführte Verfahren im Wesentlichen deswegen als rechtsfehlerhaft an, weil die Kommune ihre anfänglich festgelegten Kriterien zur Auswahl des Neukonzessionärs im laufenden Verfahren geändert hat. Eine solche Änderung der Kriterien im laufenden Verfahren verletze aber das subjektive Recht des unterlegenen Bieters auf Einhaltung des Transparenzgebots.

Einmal gewählte Auswahlkriterien müssten also beibehalten werden. Zwar habe die Kommune das Recht, ihre Auswahlkriterien zu ändern. Daraus folge aber die Pflicht,

das laufende Verfahren nicht einfach fortzusetzen. Dieses müsse vielmehr beendet und ein neues Verfahren durchgeführt werden.

5. Weiter offene Fragen

(1) Rechtsweg: Die Frage des zutreffenden Rechtswegs ist bis zu einer höhergerichtlichen Entscheidung weiter als nicht abschließend beantwortet anzusehen, denn der vom VG Aachen vorgenommenen Eröffnung des verwaltungsgerichtlichen Rechtswegs steht die vielfach vertretene Auffassung gegenüber, Wegenutzungsverträge im Sinne des § 46 EnWG seien eher als pachtähnliche zivilrechtliche Wegenutzungsgestattungen – und damit als privatrechtliche Verträge – einzuordnen. Diese wären folgerichtig nach § 102 EnWG auf dem ordentlichen Rechtsweg vor den Zivilgerichten zu behandeln.

(2) Inhouse-Vergabe: Soweit das VG Aachen die Wegenutzungsverträge nach § 46 EnWG als (vergaberechtliche) Dienstleistungskonzessionen einordnet, stellt sich vor allem die Frage, inwieweit damit auch vergaberechtliche Grundsätze wie diejenigen zur sog. Inhouse-Vergabe anwendbar werden, inwieweit also insbesondere eine Bevorzugung der eigenen Stadtwerke möglich wäre – entgegen der Auffassung im bereits angesprochenen Gemeinsamen Leitfaden von Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt.

Hinweis: Die Betroffenen wollen die Entscheidung des VG Aachen nicht akzeptieren und haben als nächste Instanz das Oberverwaltungsgericht Münster angerufen – es bleibt also weiter spannend.

KURZ NOTIERT

Update E-Bilanz: Besonderheiten im Öffentlichen Sektor

Mehr als ein Jahr mussten die Unternehmen warten, bis sich die Finanzverwaltung nach der Veröffentlichung eines ersten Entwurfs (noch in 2010) nun am 28.9.2011 in der Lage sah, ein finales Anwendungsschreiben zur elektronischen Übermittlung von Bilanzen sowie Gewinn- und

Verlustrechnungen (E-Bilanz) herauszugeben. Hiermit (sowie mit den Visualisierungen der endgültigen Taxonomien, abrufbar unter www.eststeuer.de) liegen jetzt die verwaltungsorganisatorischen Voraussetzungen vor, um mit der Implementierungsphase der E-Bilanz auf Seiten der Steuerpflichtigen zu beginnen.

Für den öffentlichen Sektor sind in diesem Zusammenhang einige Besonderheiten zu beachten. Diese betreffen vor allem

- die spezielle Taxonomie für kommunale Eigenbetriebe,
- die Notwendigkeit der elektronischen Übermittlung der Bilanzen von Betrieben gewerblicher Art sowie
- den erstmaligen Anwendungszeitpunkt.

Empfehlung: Da die tatsächliche Umsetzung der E-Bilanz vielfach von individuellen Faktoren wie dem jeweiligen Buchungsverhalten und der verfügbaren IT-Landschaft abhängt, ist es ratsam, bereits frühzeitig mit Ihrem PKF Ansprechpartner in Kontakt zu treten, um eine effiziente und kostenbewusste Umsetzung zu ermöglichen. Für einen ersten Überblick zur Thematik sind die wesentlichsten Informationen in einem PKF Spezial „Wegweiser E-Bilanz“ unter www.pkf.de (Themen im Fokus) verfügbar.



IDW fordert einheitliche Rechnungslegungsgrundlagen

Gegenüber dem Hessischen Ministerium des Innern und für Sport hat das IDW in einer am 28.9.2011 veröffentlichten Stellungnahme sein Bedauern zum Ausdruck gebracht, dass die Rechnungslegung im öffentlichen Bereich aufgrund der unterschiedlichen Regelungen in den einzelnen Bundesländern kaum vergleichbar ist. Das IDW hält in der GemHVO-Doppik einen dynamischen Verweis auf das HGB für erstrebenswert. So lasse sich eine einheitliche

Rechnungslegungsgrundlage für alle Arten von kommunalen Einrichtungen (Eigenbetriebe, Eigengesellschaften, Kernverwaltung) schaffen, die auch einen Vergleich mit der Privatwirtschaft ermöglichen würde.

Pauschale Kilometersätze bei Auswärtstätigkeiten: Ausnahmeregelungen für den öffentlichen Bereich nicht übertragbar

Mit dem Ansatz der Wegstreckenentschädigung aus öffentlichen Kassen von 0,35 € beim Werbungskostenabzug haben sich verschiedene OFD befasst. So weist die OFD Koblenz mit Kurzinfo ESt vom 10.10.2011 (Az.: S 2353 A – St 32 2) darauf hin, dass die aus den öffentlichen Kassen gezahlte Reisekostenvergütung nach den Reisekostengesetzen der Länder Baden-Württemberg und Rheinland-

Pfalz nicht analog auf Arbeitnehmer außerhalb der davon erfassten Anwendungsbereiche übertragen werden kann (die genannten Reisekostengesetze sehen einen höheren Pauschsatz von 0,35 € pro km vor).

Hintergrund: Das FG Baden-Württemberg hatte mit Urteil vom 22.10.2010 (10 K 1768/10, EFG 2011 S. 225) entschieden, dass die Höhe des für Dienstreisen anzuwendenden pauschalen Kilometersatzes von 0,30 € pro km verfassungsgemäß ist. Der BFH hat dieses Urteil mit Beschluss vom 15.3.2011 – VI B 145/10 (BFH/NV 2011 S. 983) bestätigt. Hiergegen wurde inzwischen Verfassungsbeschwerde eingelegt (Az. beim BVerfG: 2 BvR 1008/11). Einsprüche, die sich auf diese Verfassungsbeschwerde berufen, ruhen gem. § 363 Abs. 2 Satz 2 AO.

Impressum

PKF FASSELT SCHLAGE Partnerschaft
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft · Steuerberatungsgesellschaft

www.pkf-fasselt.de

14050 **Berlin** · Platanenallee 11 · Tel. +49 30 306 907-0
47059 **Duisburg** · Schifferstraße 210 · Tel. +49 203 30001-0
20354 **Hamburg** · Jungfernstieg 7 · Tel. +49 40 35552-0
39340 **Haldensleben** · Hagenstr. 38 · Tel. +49 3904 66 38-0
38350 **Helmstedt** · Bötticherstr. 51 · Tel. +49 5351 12 01-0
39112 **Magdeburg** · Halberstädter Str. 40 A · Tel. +49 391 62 823-0
14476 **Potsdam** · Am Lehnitzsee 5 · Tel. +49 33208 223 55
56856 **Zell (Mosel)** · Schlossstraße 34 · Tel. +49 6542 96300-0

38122 **Braunschweig** · Theodor-Heuss-Str. 2 · Tel. +49 531 2403-0
60325 **Frankfurt** · Ulmenstr. 37-39 · Tel. +49 69 17 00 00-0
50670 **Köln** · Gereonstraße 34-36 · Tel. +49 221 1643-0
06114 **Halle** · Bernburger Straße 4 · Tel. +49 345 52 521-0
04275 **Leipzig** · August-Bebel-Str. 61 · Tel. +49 341 3099-10
56410 **Montabaur** · Steinweg 40-42 · Tel. +49 2602 93 11-0
18055 **Rostock** · Am Vögenteich 26 · Tel. +49 381 491 24-0

Die Inhalte der PKF* Themen Öffentlicher Sektor können weder eine umfassende Darstellung der jeweiligen Problemstellungen sein noch den auf die Besonderheiten von Einzelfällen abgestimmten steuerlichen oder sonstigen fachlichen Rat ersetzen. Wir sind außerdem bestrebt sicherzustellen, dass die Inhalte der PKF* Themen Öffentlicher Sektor dem aktuellen Rechtsstand entsprechen, weisen aber darauf hin, dass Änderungen der Gesetzgebung, der Rechtsprechung oder der Verwaltungsauffassung immer wieder auch kurzfristig eintreten können. Deshalb sollten Sie sich unbedingt individuell beraten lassen, bevor Sie konkrete Maßnahmen treffen oder unterlassen.

*PKF Fasselt Schlage ist ein Mitgliedsunternehmen des PKF International Limited Netzwerks und in Deutschland Mitglied eines Netzwerks von Wirtschaftsprüfern gemäß § 319 b HGB. Das Netzwerk besteht aus rechtlich unabhängigen Mitgliedsunternehmen. PKF Fasselt Schlage übernimmt keine Verantwortung oder Haftung für Handlungen oder Unterlassungen einzelner oder mehrerer Mitgliedsunternehmen. Die Angaben nach der Dienstleistungsinformationspflichten-Verordnung sind unter www.pkf-fasselt.de einsehbar.